

Reformas al 2153: Estamos pasando
bien, pues vámonos!

Emilio José Archila Peñalosa
2018

Pregunta 1

¿Es necesario un listado de prohibiciones al régimen de competencia en Colombia? ¿Podría proceder un método diferente en el que se establezca exclusivamente una prohibición general de las conductas anticompetitivas?

Si es necesario un listado de prohibiciones y no comparto establecer sólo una prohibición general de las conductas anticompetitivas.

Argumento 1

No es necesario. Ya existe una prohibición general suficientemente amplia, en el artículo 1 de la ley 155 de 1959:

“Quedan prohibidos (...) toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia”.

Argumento 2

Sentencia C-032/17 Eliminar los actos acuerdos y abusos de posición de dominio y dejar sólo la prohibición genérica, sería inconstitucional.

La CC sostuvo que la previsión general del art. 1 puede existir sólo en la medida que hace parte de un régimen legal definido por el legislador, como de PCR's. No es inconstitucional, porque “debe ser leída, interpretada y aplicada, en relación con el subsistema normativo al que pertenece”, y “la interpretación de las expresiones eventualmente indeterminadas, debe ser hecha en conexión al sistema o subsistema al que pertenezcan”.

Así, es válido solo en la medida que la **interpretación** del art. 1 Ley 155/59 se integra con las reglas establecidas en el dec 2153/92 de 1992 sobre actos, acuerdos y abusos

Argumento 3

El pueblo que no recuerda su historia, está condenado a repetirla.

El art. 1 de la ley 155/59 sin el listado no sirvió para acondicionar empresas. En los estudios realizados respecto del régimen de competencia pre-2153, Claudia Orozco en el “Marco legal para la promoción de la competencia – Serie planeación y desarrollo - DNP 1993” concluyó que (i) el régimen existente no tuvo aplicación por “la forma general como se formuló la norma”. (ii) “si bien la ley tiene objetivos que hoy son válidos, ésta ha sido totalmente inoperante, lo que explica la necesidad de reglamentar en forma detallada los principios que ella consagró”. (iii). En el tiempo en que se expidió de la ley 155 ya se argumentó que “es mejor y más prudente ir construyendo jurisprudencia que legislar improvisadamente (...)” pero la realidad demostró que esa postura “genera incertidumbre para los empresarios, razón por la cual las legislaciones tienden a una calificación detallada de las conductas”, (iv). “en el caso colombiano, un desarrollo jurisprudencial que depure finalmente y tipifique conductas que son contrarias a las premisas generales de la ley no es posible ya que no es acorde con el análisis legal que se realiza para la implementación de las normas. En Colombia, el espacio para la interpretación y la jurisprudencia es limitado, en su mayoría a casos de conflicto de leyes o vacíos legales cuando no exista una ley aplicable.”

Argumento 4

Aplicación de las normas existentes en PCR.

No se puede implantar un sistema como el norteamericano, donde el juez determine la ilegalidad o inconveniencia de una conducta y acceder a las fuentes materiales.

En los países de derecho continental, el funcionario administrativo o judicial que aplica las normas no tiene tal facultad, es decir, no puede acudir a las fuentes materiales del derecho, sería inconstitucional y estaría usurpando las funciones del Congreso de la República.

Argumento 5

Seguridad jurídica

El principio de seguridad jurídica implica (i) la certeza del derecho en cuanto al conocimiento de cuáles serán las normas aplicables en un caso concreto y, (ii) algún grado de seguridad en cuanto a la interpretación, de tal forma que tenga realización el principio de igualdad ante la ley, es decir, que ante situaciones de hecho similares deben seguir pronunciamientos jurisdiccionales similares.

El concepto de seguridad jurídica contiene 3 dimensiones (i) certeza de la actuación del Estado y de sus agentes, al igual que la de los ciudadanos; (ii) certeza y estabilidad del derecho mismo, independientemente del contenido material de las normas que integran el ordenamiento; y (iii) seguridad que resulta del derecho, que deviene de las normas bien dispuestas, y que resulta en una seguridad específica con respecto a algunos o varios bienes jurídicos protegidos. (El concepto de seguridad jurídica, elementos y amenazas ante la crisis de la ley como fuente del derecho - Fernando Arrázola Jaramillo).

Pregunta 2

¿Considera que sería procedente sumar al Decreto 2153 de 1992 una lista de prohibiciones de acuerdos verticales?

No considero necesario sumar un listado acuerdos verticales.

En las normas vigentes, es posible encuadrar los acuerdos verticales, que serán ilegales siempre y cuando se cumplan los supuestos previstos en aquellas.

Argumento 1

En el art 47 no se diferencia entre horizontal o vertical. Pero se debe demostrar la existencia del acuerdo y la existencia de 2 o + empresas.

Quienes quieran operar verticalmente integrados, lo pueden hacer, disponiendo contractualmente que no habrá competencia en los niveles subsiguientes. En ese caso no habrá 2 o + empresas y no habrá ilegalidad.

Argumento 2

Ya existen prohibiciones verticales en las disposiciones que protegen la independencia de los eslabones subsiguientes.

Las conductas previstas como actos: 48.2 “Influenciar a una empresa para que incremente los precios de sus productos o servicios o para que desista de su intención de rebajar los precios” y

48.3. “Negarse a vender o prestar servicios a una empresa o discriminar en contra de la misma cuando ello pueda entenderse como una retaliación a su política de precios.

Pregunta 3

¿Considera que alguna conducta se repite innecesariamente en las listas del Decreto 2153 de 1992? ¿Eliminaría o modificaría alguna de las conductas en este sentido?

No considero que algunas conductas se repitan innecesariamente en la lista del decreto 2153 de 1992 y no eliminaría o modificaría alguna.

Argumento 1

Las conductas previstas en el 2153 no son iguales.

Cada conducta tiene elementos. Para los acuerdos deberá demostrarse cual modalidad se presenta, la existencia de dos empresas, el objeto o el efecto y los elementos particulares que define la norma.

Argumento 2

En el caso del acuerdo de repartición de mercados, existen un par de acuerdos que hacen referencia a un elemento del mercado en específico, pero se hace con particularidades:

Repartición de mercados (Núm. 3): Supone la repartición de alguno de los elementos que integra el mercado: (i) producto (ii) territorio (iii) consumidores.

En el caso del producto hay dos conductas que hacen alusión a ello: Num. 4 asignación de cuotas y el num. 8 boicot o afectación de los niveles.

Ello no implica que sean iguales, tan solo hacen referencia a un aspecto particular del elemento de mercado que requiere ser demostrado para lograr la adecuación a la norma.

Argumento 2

Las tres conductas comparten algunos elementos: la existencia de la modalidad de acuerdo, entre dos o más empresas y el objeto o efecto.

Núm. 3	<ol style="list-style-type: none">1. Repartición de mercados<ol style="list-style-type: none">a) Producto, ob) Territorio, oc) Consumidores2. Entre productores <u>o</u> entre distribuidores
Núm. 4	<ol style="list-style-type: none">1. La asignación de cuotas de producción <u>o</u>2. La asignación de cuotas de suministro. <p>El acuerdo se refiere a los productos dentro del mercado.</p>
Núm. 8	<ol style="list-style-type: none">1. Abstenerse de producir un bien o servicio <u>o</u>2. Afectar los niveles de producción de un bien o servicio. <p>El acuerdo se refiere a los productos dentro del mercado.</p>

La casuística

1999-2017	Repartición de mercados (47.3)	Asignación de cuotas (47.4)	Abstención /afectación de producción (47.8)
Sanciones	2	0	1
Archivos	2	3	3

- Sanciones:

2001: Corabastos, 47.3 y 47.8; 2008: Cementos, 47.3.

- Archivos:

2001: Fenavi, 47.4 y 47.8, (imparte orden); 2002: Sociedad de obstetricia, 47.8; 2008: Cementos, 47.4; 2009: Cebolla, 47.8; 2012: CDA Ibagué, 47.3 (caducidad); 2015: Azúcar, 47.4; 2017: Cementos, 47.3.

Universidad Externado de Colombia

Departamento de Derecho Económico

Cra 3 este n° 10a 45

Tel: +571 3419900 ext. 1180

earchila@archilaabogados.com

earchila@uexternado.edu.co